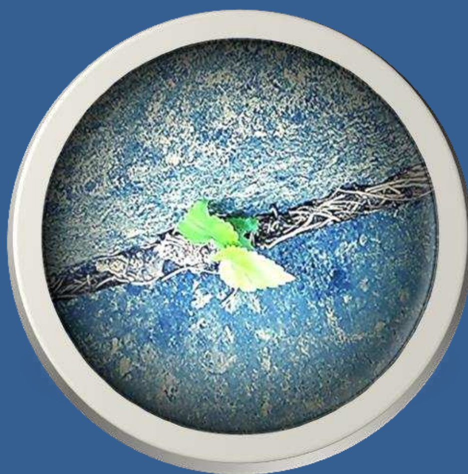
ESCUELA DE
POSGRADO



PUCP



Revista de la Maestría EN DERECHO PROCESAL

Vol. 6, Nº 2
Agosto-diciembre 2016
ISSN 2072-7976

http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal



Revista de la
Maestría en
DERECHO PROCESAL

PUCP

Las primeras muestras de la constitucionalización en el Derecho procesal: la obra de Calamandrei

[*The first signs of the constitucional way to study the procedural law: the Calamandrei´s work*]

Giovanni F. Priori Posada

Profesor principal y Director de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Contacto: gpriori@pc-abogados.com

Resumen

En el 2016 se celebraron los 60 años de la muerte de Piero Calamandrei. En ese contexto este artículo describe el modo como Piero Calamandrei influyó en el modo de concebir el derecho procesal hoy, así como el contexto que dio lugar a que sea el pionero en estudiar la constitucionalización del derecho procesal.

Palabras clave: Piero Calamandrei; constitucionalización del derecho procesal

Abstract

On 2016 commemorated 60 years of Piero Calamandrei´s death. In that context this paper describes the Calamandrei´s influence in law procedural today, and how the context in which he lived influenced his understanding of procedural law. Specially describes his influence on constitucional way to study the procedural law.

Key words: Piero Calamandrei; constitutional and procedural law

Recibido: 18 de setiembre de 2016 / Aprobado: 10 de diciembre de 2016



Revista de la
Maestría en
DERECHO PROCESAL

PUCP

Las primeras muestras de la constitucionalización en el Derecho procesal en Italia: la obra de Calamandrei*

Giovanni F. Priori Posada

1. El hombre y su contexto.

La trascendencia que tiene Calamandrei para el derecho procesal ha sido expresada en estos términos: “Piero Calamandrei ha sido una de las figuras más eminentes del pensamiento jurídico italiano y uno de los más insignes exponentes de la escuela moderna de derecho procesal civil”[1].

Piero Calamandrei nace en Florencia en 1889 y muere en la misma ciudad en 1956. Tener presente el periodo en el que vivió resulta ser muy importante para comprender su obra y el impacto que los eventos académicos y políticos de su época tuvieron en él.

Académicamente vivió durante el inicio y la consolidación de la escuela procesal italiana. Cuando Chiovenda profería su Prolusión en Bolonia, Calamandrei tenía 14 años de edad, por lo que sus estudios de derecho y, especialmente, los de derecho procesal estuvieron fuertemente marcados por la época de desarrollo más

---

* Texto de la intervención en el “Coloquio en recuerdo de Piero Calamandrei a los sesenta años de su muerte”, realizado en el ámbito del “VI Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución. Argumentación y motivación de resoluciones judiciales”, realizado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en Lima, los días 26 a 29 de abril de 2016.

1 MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILES (2007: 263).

importante de los trabajos chiovendianos. "Cuando Calamandrei se formó universitariamente, ya existía una escuela italiana de derecho procesal […] casi podría decirse que, cuando Calamandrei entraba en la Universidad, esa escuela era tan solo un hombre: Chiovenda"[2]. Fue contemporáneo de Carnelutti y de Redenti.

Políticamente vivió las dos guerras mundiales, el fascismo, la resistencia y la liberación de Italia. Luego de ello participó activamente en la política y en la redacción y difusión de la Constitución italiana de 1947 que entró en vigor en 1948. Los últimos quince años de su vida, Calamandrei los dedicó esencialmente a la política:

> […] caía un régimen, una forma de poder, y, sobre sus ruinas, había que levantar otro; había que construir la democracia, desconocida, ignorada, durante veinte años; y en esa lucha consumió los últimos de su vida: el Procesal se perjudicó, pero el Derecho ganó; hoy Italia tiene una Constitución, y de ella se ha hecho una interpretación. A esa obra va unida el nombre de Calamandrei[3].

Precisamente esa dedicación a la difusión de la Constitución italiana determinó que Calamandrei no terminara de escribir sus Instituciones de Derecho Procesal.

Calamandrei fue discípulo –aunque no alumno– del gran maestro de la escuela procesal italiana, Giuseppe Chiovenda[4]. Pre-

[2] SENTIS MELENDO (1962b: 19 y 34).

[3] SENTIS MELENDO (1962b: 19 y 20).

[4] Apenas muerto Calamandrei, su principal traductor al castellano, Santiago SENTÍS MELENDO (1962a: 14), se pregunta: "Pero ¿fue Calamandrei una figura aislada en el panorama científico italiano? No. Calamandrei fue hombre de escuela; pertenece a la escuela italiana del derecho procesal, que es, hoy todavía, la escuela chiovendiana. Pertenece a ella desde que Carlo Lessona, su maestro en la Universidad, del que recibe las primeras enseñanzas del procedimiento civil, lo encamina a Chiovenda, y en la superioridad científica de éste siente 'no solo un maestro, sino el maestro'". Sobre esta situación también escribe ANDRÉS IBAÑEZ (2009: 15): "El inicio de su itinerario académico coincidía con la consolidación en

cisamente el ser seguidor de la escuela inaugurada por Chiovenda supone reconocer también su aporte en haber hecho que el derecho procesal transite "desde la exégesis de los textos legislativos, al estudio histórico dogmático de las instituciones y a la elaboración sistemática de las nuevas leyes sobre la base de los resultados críticos de estos estudios"[5].

Sin embargo resulta ser fundamental para este trabajo reconocer que Calamandrei no se quedó en el dogmatismo, por el contrario expuso reflexivas críticas al exagerado dogmatismo en el que había caído ya tempranamente el derecho procesal y, además, lo vinculó esencialmente con su contexto:

> Pero esta adhesión a la dogmática convivió en nuestro autor, sin nada de paradójico, con una posición intelectual justamente calificada de antidogmatismo, con raíz en la conciencia de la necesidad de profundas reformas en la legislación y en la administración de justicia, y de la necesidad también de abordarlas también con un instrumental, preciso, sí, pero libre de prejuicios conceptualistas[6].

2. La Constitución para Calamandrei

Piero Calamandrei fue ante todo y, sobre todo, un gran defensor de la libertad. Una de las frases que representa mejor ello quizá sea: "El derecho es, antes que empleo de la fuerza, reconocimiento de libertad[7]". Esa es la línea que lo conduce en todos sus estudios sobre derecho procesal. En efecto, la libertad es usada como argumento que servirá para justificar muchas de sus posiciones respecto de algunos temas controvertidos en materia procesal. Quizá el más claro ejemplo de ello sea la discrepancia con su

---

Italia de la orientación pandectística, merced sobretodo de los trabajos de Chiovenda".

[5] MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILES, (2007: 263).

[6] ANDRÉS IBAÑEZ (2009: 15).

[7] CALAMANDREI (1962a: 230).

Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 6(2), 2016 (ISSN 2072-7976), pp.86-111.
http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal

maestro Chiovenda respecto de la tipicidad y atipicidad de las medidas cautelares, en la que Calamandrei se orienta por sostener que las medidas cautelares deben siempre ser autorizadas legalmente ¿por qué? En defensa de la libertad[8].

Su idea de Constitución está por ello vinculada a la defensa de la libertad y, en general, a la de las libertades.

El estudio de la obra de Calamandrei supone el estudio de la obra de un pionero. Por ello, resulta interesante no solo el recorrido por su pensamiento y por el modo como va llegando a reconocer poco a poco situaciones e instituciones que luego el derecho (y no solo el procesal) reconocerán pacíficamente años más tarde. Así, por ejemplo, Calamandrei no solo habla de *Constitución*, sino de *sistema constitucional*. Para él, el sistema constitucional se basa en el principio de legalidad[9]. Pero Calamandrei habla también de *Estado constitucional*[10].

2.1. El principio de legalidad

En general, la legalidad es una preocupación constante en toda su obra[11]. A pesar de insistir en él, no es una expresión que debe ser concebida como un apego irrestricto a la ley, sino más bien al Derecho y, sobre todo, a la Constitución. Ni desde su apro-

[8] "Si en ciertos casos de peligro expresamente considerado por la ley, puede consentirse que la esfera jurídica de aquel contra quien se pide una medida cautelar, sea invadida, y disminuida su libertad, antes de que sea cierta la existencia del derecho alegado por el reclamante, esta invasión y esta disminución no pueden por lo general ocurrir más que a través de una normal cognición completa y definitiva. Por esto todas las providencias cautelares se deben, en mi concepto, considerar, *iure condito*, excepcionales; y por esto las normas que las regulan se consideran comúnmente *stricta interpretationis*": CALAMANDREI (1996: 67-68).

[9] CALAMANDREI (1962a: 120).

[10] CALAMANDREI (1962a: 226).

[11] ANDRÉS IBAÑEZ (2009: 16).

ximación académica (que se inspira en el método sistemático inaugurado por Chiovenda), ni desde su aproximación política (que enarbola la defensa de las libertades y, por ello, de la Constitución) Calamandrei sugiere una defensa de la ley como aquella que se podría haber comprendido bajo el paradigma del Estado de Derecho. Por el contrario, es preciso atender a los valores que inspiran a las leyes como único modo de liberar al jurista: "Para liberar al jurista de estas dudas apremiantes no vale la enseñanza positivista según la cual el Derecho está todo en la ley"[12].

Sin embargo, hay un texto de Calamandrei que ha generado un importante debate en el que han participado importantes juristas contemporáneos: Perfecto Andrés Ibañez, Gustavo Zagrebelsky, Guido Alpa, Manuel Atienza y Pietro Rescigno: "Fe en el Derecho". Este texto escrito el 21 de enero de 1940 es uno donde Calamandrei reflexiona sobre el Derecho, pero específicamente sobre el principio de legalidad. La que aparece en texto, solo publicado póstumamente, es una reflexión importante para intentar comprender el significado de la ley y de los principios que las inspiran en la obra de Calamandrei. Este trabajo contiene una serie de ideas del autor sobre el principio de legalidad, el rol del jurista, de los jueces y la vinculación entre política y derecho sumamente interesantes. Sin embargo, hay una serie de ideas de ida y de venida sobre el valor de la ley que pudieran dar lugar a diversas interpretaciones sobre el rol que para Calamandrei tiene la ley en el Derecho.

En esta reflexión que ha sido definida por Zagrebelsky como "una atormentada apología de la ley"[13], Calamandrei se cuestiona sobre la existencia de "leyes buenas y leyes malas"[14]: "Así pues, también las leyes pueden ser discutidas y juzgadas, y si una ley

[12] CALAMANDREI (2009: 72-73).

[13] ZAGREBELSKY (2009: 27 ss).

[14] CALAMANDREI (2009: 73).

puede ser juzgada injusta quiere decir que el Derecho, que se toma como criterio para enjuiciar la ley, está fuera de ésta"[15]. Derecho por tanto, no sería solo la ley entendida como norma formalmente dada, sino todo lo que está fuera de ella y que sirve de base para juzgarla y, de ser el caso, modificarla. Precisamente esto ha llevado a que Manuel Atienza considere que haya frases de ese libro que permiten entender a Calamandrei como un "positivista ideológico"[16].

Es verdad que Calamandrei defiende la ley, al punto de llegar a decir que: "La abstracción de la ley, esta forma lógica que permite regular anticipadamente toda una serie indefinida de casos posibles, es, en efecto, una conquista decisiva, parangonable a la invención de la rueda, de esas que marcan una etapa del proceso civilizador y que no pueden abandonarse son retroceder hasta la barbarie"[17].

Sin embargo, la defensa de la ley que hace Calamandrei no es una defensa cerrada a ella ni al sistema formal, sino a los valores que con ellas se desean proteger. Por ello, resulta esencial tener presente que Calamandrei sostiene que: "Sin ley abstracta no puede darse en concreto garantía alguna de *humana dignidad*,

---

[15] CALAMANDREI (2009: 73).

[16] "Hay sin embargo pasajes en los que el autor parece ir más allá y aproximarse al positivismo ideológico, a la tesis que identifica sin más el Derecho (la legalidad) con la justicia o, mejor dicho, a la tesis de que el Derecho, en la medida en que consista en leyes generales y abstractas dictadas por el poder político (cualquiera que éste sea), debe ser obedecido. Ese riesgo parece estar presente, sobre todo, en su configuración de la dogmática jurídica como una técnica interesada exclusivamente en el cumplimiento y aplicación del Derecho, en la estricta defensa de la legalidad, con independencia de su justicia o injusticia": ATIENZA (2012).

[17] CALAMANDREI (2009: 87).

porque la ley, al anunciar con carácter previo, en hipótesis la sanción, apela antes que nada a la libre determinación del hombre”[18].

Por ello, cuando Calamandrei sostiene que el rol de los juristas “es solo la de conocer y dar a conocer las leyes, cumplirlas y hacerlas cumplir, cualquiera que sean”[19]; y nótese cómo hace especial énfasis en la frase “cualquiera que sean”[20], para inmediatamente agregar: *“Dura lex sed lex*”[21]; no creemos que pueda entenderse la mera realización formal de su contenido, sino más bien la realización efectiva de las garantías que la ley quiere asegurar. Es por ello que Calamandrei luego agrega:

> Esta es la alegría y la fe del jurista: llevar entre los hombres, y, especialmente, entre la pobre gente, la sensación de que la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley no es una burla a la que los jueces vuelvan la espalda, sino una realidad que vive y se afirma […] es, ciertamente, la fórmula lógica de la solidaridad y la reciprocidad humana, la fuerza más eficaz de la cohesión social y la condición esencial de toda verdadera civilidad[22].

El principio de legalidad, vale entonces para Calamandrei, insisto, porque a través de él se realizan valores supremos. Por ello, insiste el maestro florentino en señalar que: “En el principio de legalidad está el reconocimiento de la igual dignidad moral de todos los hombres, en la observancia individual de la ley está la garantía de la paz y de la libertad de cada uno”[23].

De las frases antes citadas resulta claro pues que, como bien señala Zagrebelsky, se aprecia en el maestro florentino una

---

[18] CALAMANDREI (2009: 87).

[19] CALAMANDREI (2009: 95).

[20] CALAMANDREI (2009: 95).

[21] CALAMANDREI (2009: 95).

[22] CALAMANDREI (2009: 102).

[23] CALAMANDREI (2009: 103).

"atormentada defensa de la legalidad" buscando en ella justificaciones morales a por qué la ley debe ser válida. Varios autores han tratado de dar alguna justificación a estas diatribas de Calamandrei, así:

- Perfecto Andrés Ibañez, al señalar que "es un contraste que, en su exasperación, no deja de sorprender"[24], se pregunta "¿por qué pues Calamandrei se pronuncia en esos términos?"[25]. La respuesta que da es una especie de conflicto moral que, por un lado, sin negar la fuerza de la ley evite la permanencia de los valores del fascismo impregnadas en algunas de ellas. En ese sentido, señala:

  > Al igual que de políticamente problemático en su colaboración con el legislador fascista; decidida con evidente zozobra moral y no sin costes de esta índole, después de una matizada, y en cierto modo agónica, reflexión autocrítica, que es una nueva muestra de la noble sensibilidad de Calamandrei[26];

- Michele Taruffo señala más bien que esta es una actitud ambigua de Calamandrei propia de los años en los que colabora con la reforma del código de procedimiento civil[27].

- Gustavo Zagrebelsky, en cambio, para explicar las frases de Calamandrei recuerda una anotación del profesor florentino en su Diario del 27 de enero de 1904: "¿Pero estamos realmente en lo cierto al defender la legalidad? ¿Es verdad que para poder retomar el camino hacia la ´justicia social´ hace falta reconstruir antes el instrumento de la legalidad y de la

---

24 ANDRÉS IBAÑEZ (2009: 19).

25 ANDRÉS IBAÑEZ (2009: 19).

26 ANDRÉS IBAÑEZ (2009: 22).

27 ANDRÉS IBAÑEZ (2009: 21).

libertad?"[28]. Zagrebelsky no duda en decir que "la conferencia es una apología de la legalidad"[29], y que además es un elemento moral que corresponde a una idea de justicia. La respuesta que Zagrebelsky es:

> Creo que se trata de aporías en el pensamiento del propio autor; de la que da testimonio el texto que ahora sale a la luz. Son las que, probablemente, dan pie al sentimiento de provisionalidad que, en su momento, pudo determinar el hecho de que no fuera publicado. Pero son también el testimonio de un conflicto interior que, de haberse introducido en la legalidad calamandreiana la dimensión sustancial del Derecho que la conferencia y los textos de la misma época dejaban rigurosamente fuera del ámbito de lo jurídicamente relevante, habría llevado a consecuencias muy distintas[30].

- Pietro Rescigno[31] señala, por su parte, que la conferencia y sus reflexiones sobre la legalidad son más bien expresión de aquello que resultaba ser de discusión natural en la época en la que lo escribe, es la época de las codificaciones y del debate de la relación entre Derecho, política y economía.

En definitiva el texto es polémico no solo por su contenido, sino por el hecho que el autor no decidió publicarlo voluntariamente. Pero nos da una idea del estado del pensamiento de un momento en la vida de Calamandrei, quizá la más atormentada, luego de la cual, se convertirá en un verdadero defensor de la Constitución.

2.2. La noción de Constitución

28 ZAGREBELSKY (2009: 28).

29 ZAGREBELSKY (2009: 29).

30 ZAGREBELSKY (2009: 40).

31 RESCIGNO (2009: 55).

Luego de su defensa de la legalidad en los términos expresados en el numeral precedente, Calamandrei toma la idea de Constitución: "Con la Constitución, el orden ya no era un orden cualquiera, sino un orden marcado por precisas directivas sustanciales, también ellas de Derecho positivo, a cuya actuación Calamandrei dedicó, con tenacidad y hasta el final, las energías de la última parte de su vida"[32].

La idea de Constitución de Calamandrei puede resumirse en:

a) Cada Constitución es un *unicum* de modo que las fórmulas generales solo pueden ser entendidas a partir de las fórmulas específicas, todas las cuales, además, deben ser entendidas a partir de su contexto histórico[33].

b) La rigidez de la Constitución es uno de los aspectos más importantes de ella. Esta, en palabras de Calamandrei, significa que "ha quedado reducida la omnipotencia del Parlamento al legislar"[34]. De este modo, el Parlamento tiene como límites lo establecido en la Constitución.

c) Las leyes que vulneran la Constitución son ineficaces[35].

d) La garantía de la Constitución es doble:

   (i) la Corte Constitucional que puede anular las leyes que la contravengan, y

   (ii) el Presidente de la República que tiene la obligación de garantizar la continuidad constitucional[36].

---

32 ZAGREBELSKY (2009: 41).

33 CALAMANDREI (1962c: 18).

34 CALAMANDREI (1962c: 18).

35 CALAMANDREI (1962c: 18).

36 CALAMANDREI (1962c: 19).

Calamandrei desarrolla también los primeros trabajos respecto al rol de la Corte Constitucional y el del juez ordinario en el control de constitucionalidad de las leyes[37]. Su preocupación se centró esencialmente en que el control de constitucionalidad no termine yendo al ámbito de lo político, pero también a la necesaria coordinación que debe existir entre esos dos órganos.

Esas ideas esbozadas primero sobre la legalidad y luego sobre la Constitución se unirán con los propios desarrollos conceptuales de los que Calamandrei será, primero destinatario, y luego, gran defensor. De este modo esas preocupaciones sobre el principio de legalidad y sobre la Constitución se unirán a sus ideas sobre proceso que precisamente comenzaban a formarse sobre la base de una concepción de proceso como una *relación jurídica de derecho público*. Esa conjunción de concepciones contribuirá a la formación de sus ideas respecto a la relación entre el proceso y la Constitución.

3. Calamandrei y la orientación publicista del derecho procesal.

Para cuando Calamandrei escribe, ya la posición publicista del derecho procesal que había comenzado con Bülow y luego se había difundido con Chiovenda se encontraban fuertemente asentadas en la doctrina procesal. Para esa época el propio Mortara había tenido que ceder en sus posiciones respecto al carácter privado del derecho procesal frente a la posición de Chiovenda. Sin embargo, había quienes todavía alzaban sus voces para poder cuestionar la publicización del derecho procesal. Frente a ellos, el más importante defensor de las tesis de Chiovenda fue Calamandrei.

Frente a la polémica surgida respecto de la publicización del derecho procesal, Calamandrei señala que ella puede resumirse en

[37] CALAMANDREI (1962c: 22 ss).

el siguiente dilema: "¿se debe ver en el proceso civil un servicio que el Estado presta al ciudadano, proporcionándole el medio de actuar su derecho subjetivo, o bien un servicio que presta el ciudadano al Estado, proporcionándole la ocasión para actuar el derecho objetivo?"[38]. La esencia de esta discusión es para Calamandrei fundamentalmente política: "La polémica tiene, pues, un fondo esencialmente político"[39].

El trasfondo político de la polémica no resulta ser para Calamandrei extraño, sino por el contrario, natural en cualquier discusión dogmática. Así, señala que:

> Las construcciones de la dogmática son, pues, en todos los casos, el resultado de un compromiso entre el derecho positivo y las premisas tendenciales con las cuales lo relaciona el jurista: y es así, mediante el desenvolvimiento de estas premisas que evolucionan, como la dogmática consigue rejuvenecer perennemente los institutos jurídicos y adaptarlos, aun cuando la letra de las disposiciones permanezca sin variación, a la realidad social que constantemente se renueva[40].

En ese debate Calamandrei se inclina y defiende la concepción pública del derecho procesal.

4. La incidencia de la orientación publicista del derecho procesal en la noción de derecho de acción de Calamandrei

Para Calamandrei, la definición de acción, al igual que cualquier otra definición en el ámbito del derecho "se da en función de la relación entre interés individual e interés público"[41]. Así, en la medida que se ponga en duda y se cuestione la propia noción de

[38] Calamandrei (1945: 136).

[39] Calamandrei (1945: 136).

[40] Calamandrei (1945: 136).

[41] Calamandrei (1945: 137).

derecho subjetivo, es claro que se cuestionará también la propia idea de acción[42]. De este modo, el profesor florentino, siguiendo a Pekelis, señala que "el ciclo de teorías sobre la acción ha seguido la misma cronología que la historia política del siglo XIX"[43].

En ese sentido, la concepción de derecho de acción entendido como un aspecto más del propio derecho sustantivo (es decir, las teorías monistas del derecho de acción contra las que precisamente combatió Chiovenda) no es otra cosa que "la expresión muy significativa de aquella concepción liberal de Estado que situaba en el centro del sistema jurídico la idea, sentida fuertemente, de derecho subjetivo"[44]. En este caso, la acción era vista sobre la base del derecho de crédito y, como tal, con base a dos intereses privados en conflicto, de modo tal que la acción, al igual que el derecho de crédito, tenía por única finalidad la satisfacción del derecho de crédito (por ende, del interés privado). Así, el sujeto destinatario de la acción resulta ser el deudor, y la acción es vista como un medio para obtener la satisfacción de ese interés privado. Se llega con ello al extremo de considerar como objeto de la acción a la propia prestación en la que la obligación consiste[45].

Frente a esa concepción se alza otra en la que el sujeto destinatario ya no es el deudor, sino el Estado; y cuyo objeto ya no es el cumplimiento de la prestación debida, sino la "tutela jurisdiccional"[46]. Dice Calamandrei que "con esta teoría, la acción se coloca francamente en el campo del derecho público, como expresión de una relación que corre no ya entre particular y particular, sino

[42] CALAMANDREI (1945: 138-139).

[43] CALAMANDREI (1945: 137).

[44] CALAMANDREI (1945: 142).

[45] CALAMANDREI (1945: 144).

[46] CALAMANDREI (1945: 144).

entre ciudadano y Estado”[47]. Esta concepción de derecho de acción “logró por primera vez demostrar […] que el derecho de acción entendido como derecho a la tutela jurídica puede existir independientemente de la preexistencia de un derecho sustancialmente insatisfecho; pero no es menos cierto que también aquí la acción continuaba siendo considerada como instrumento y garantía del interés individual”[48]. A tal punto que la estructura misma del derecho de acción se reconducía a la estructura de una relación jurídica (noción propia del derecho privado) en el que el carácter público terminaba siendo reducida a que en el lado pasivo de ella ya no se encontraba el deudor de la prestación debida, sino ahora el Estado. Con ello, a decir de Calamandrei, con esta teoría permanecía clara la idea conforme a la cual el interés público se subordinaba al interés privado.

Las deficiencias de las dos concepciones antes descritas son, a decir de Calamandrei, ampliamente satisfechas por la teoría de Chiovenda: “A Chiovenda […] corresponde sin duda el gran mérito de haber sabido encontrar, con su concepción de la acción como derecho potestativo, el punto de equilibrio entre el interés público y el interés individual”[49]. Ese punto de equilibrio estaría dado por el hecho de no representar una subordinación del interés público al privado, sino más bien una “coordinación armónica entre los dos”[50]. Sin embargo, Calamandrei no duda luego en decir que después de la tesis de Chiovenda, “el equilibrio se rompe en favor del interés público, que claramente comienza a predominar sobre el privado”[51].

[47] CALAMANDREI (1945: 144).

[48] CALAMANDREI (1945: 144).

[49] CALAMANDREI (1945: 145).

[50] CALAMANDREI (1945: 145).

[51] CALAMANDREI (1945: 145).

Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 6(2), 2016 (ISSN 2072-7976), pp.86-111.
http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal

En cualquier modo, señala Calamandrei, cualquiera fuera la posición que se tenga en torno a ella, resulta claro que nadie duda que uno de los fundamentos de cualquier ordenamiento procesal es la acción. En ese sentido, "el proceso civil o penal, de los pueblos modernos, es esencialmente un *proceso a base de acción*"[52]. En la acción descansa también la propia idea de jurisdicción y de imparcialidad judicial, ya que el juez "para mantenerse imparcial, debe esperar a ser requerido y limitarse a hacer justicia a quien la pide"[53]. Por ello "la jurisdicción presupone la acción"[54].

De este modo, la acción no solo se presenta para Calamandrei como el derecho que sirve para activar la jurisdicción, sino que le permite delinear todo su contorno, hasta la propia decisión jurisdiccional, la que debe tener en consideración la acción que le dio inicio[55].

5. La noción de derecho subjetivo público en Calamandrei.

La época en la que escribe Calamandrei es la época en la que se desarrolla en Italia la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas con fuerte impronta privada, y de la cual parte el propio Chiovenda para el desarrollo de su noción de derecho de acción. Calamandrei por ello no solo es extraño a ese desarrollo teórico, sino que participa de él. Esa teoría –a cuyo desarrollo amplio no podemos entrar porque escapa al objetivo de este trabajo– parte de la noción de interés privado y su satisfacción a través de la di-

[52] CALAMANDREI (1945: 139).

[53] CALAMANDREI (1945: 140).

[54] CALAMANDREI (1945: 140).

[55] "No se trata solamente de una puesta en marcha, en virtud de la cual la justicia, superada la fase de inercia, queda ya en libertad de seguir su camino, sino de una colaboración que perdura, y mediante la cual durante todo el curso del proceso el actor continúa señalando la ruta, a la que el juzgador se debe atener": CALAMANDREI (1945: 141).

Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 6(2), 2016 (ISSN 2072-7976), pp.86-111.
http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal

versa posición en la que se encuentra el sujeto frente al ordenamiento jurídico (situación jurídica). Precisamente una de esas situaciones jurídicas –la más extendida– es la del derecho subjetivo. Precisamente, sobre ella, Calamandrei dice que es la "preferencia dada por la ley al interés individual"[56].

Usando como base precisamente la categoría de derecho subjetivo y partiendo del hecho que ella surge desde el derecho privado, Calamandrei proporciona la idea de "derecho subjetivo público".

Al desarrollarla, Calamandrei habla de "derecho subjetivo público a la prestación jurisdiccional" y usa esa categoría para colmar lo que él denomina "el *hyatus* jurídico que está en el centro de la teoría del derecho potestativo"[57]. En efecto, al explicar la teoría de Chiovenda respecto a que el derecho de acción es un derecho potestativo, Calamandrei[58] considera que existe en esa teoría del maestro un aspecto que no resulta ser del todo claro (un punto que parece quedar en la sombra, dice Calamandrei); que es precisamente la relación que dicho derecho genera entre el ciudadano y el Estado.

Por ello, Calamandrei, al explicar la tesis de Chiovenda, se pregunta: "¿en qué consiste esta relación del titular de la acción con el Estado, que en sus manos "funciona como medio" contra el adversario? ¿Y qué quiere decir, traducido a términos jurídicos, que "el titular dela acción [...] puede contar con la actuación de la ley"? ¿Cómo se puede definir jurídicamente, si se excluye la figura del derecho subjetivo público a la prestación jurisdiccional, este

---

[56] CALAMANDREI (1962a: 222).

[57] CALAMANDREI (1945: 148).

[58] "Pero el aspecto que en esta concepción parece permanecer en la sombra, menos explorado, y del cual necesariamente debían surgir los ulteriores desarrollos de las teorías, es, también aquí, el que se refiere a la relación que tiene lugar entre el titular de la acción y el Estado": CALAMANDREI (1945: 147).

"poder contar" con el comportamiento del Estado que conducirá a la sujeción del adversario?"[59]. De este modo, la noción de derecho potestativo que usó Chiovenda para explicar la naturaleza del derecho de acción se presente como insuficiente para Calamandrei, dado que esa noción había surgido en el ámbito de la teoría de las situaciones jurídicas de derecho privado. Si para esa época se había ya consolidado la idea conforme a la cual el proceso era una relación jurídica de derecho público, ¿cómo podía la acción ser explicada a partir de una institución que explicaba la naturaleza de la relación entre privados? Por ello Calamandrei dice que es vital acudir a la noción de derecho subjetivo público. Ello supone entender al Estado como sujeto frente al cual se ejercer el derecho, y por ello entender a la acción como "el derecho a la prestación jurisdiccional".

Calamandrei, sin embargo, no considera que la noción de derecho subjetivo público agote la discusión sobre el derecho de acción, por el contrario, considera que es una teoría de tránsito hacia la consideración de la acción como un auténtico poder cuyo destinatario es el Estado. Por ello, siguiendo los trabajos de Santi Romano sobre las situaciones jurídicas (especialmente las de derecho público) y luego reconociendo el aporte que ya para la fecha venía haciendo Carnelutti a la idea de acción, Calamandrei reconoce que a la fecha se viene elaborando la teoría de la acción como un poder cuyo destinatario es el Estado[60].

6. *La crítica de Calamandrei a la noción de derecho de acción como derecho abstracto*

Para Calamandrei, entonces, sea la consideración del derecho de acción como un derecho subjetivo público, o la de poder teniendo como destinatario el Estado constituyen el "punto de

[59] CALAMANDREI (1945: 148).

[60] CALAMANDREI (1945: 148-149).

equilibrio entre el interés público y el interés privado", al que había llegado la tesis de Chiovenda.

Sin embargo, ya en 1939 en su famoso artículo sobre "La relatividad del derecho de acción", Calamandrei advertirá: "El triunfo del autoritarismo en el orden constitucional ha llevado a poner cada vez más en evidencia en el derecho objetivo la voluntad del Estado, el mandato, dejando en la sombra la función, antes preeminente, de garantía y equilibrio de los derechos individuales; y también en el proceso civil, en el que la finalidad publicistica de actuación del derecho objetivo se afirma cada vez más resueltamente, el derecho subjetivo pierde consistencia, y se resigna a ser poco a poco la sombra de sí mismo, retrocediendo al grado de interés ocasionalmente protegido. Así toda la jurisdiccion civil insensiblemente se encamina a convertirse en jurisdicción de mero derecho objetivó"[61].

Ese peligro de autoritarismo de la justicia civil se concretaba con la noción del "derecho abstracto de obrar". En ese sentido, Calamandrei sostiene:

> En la acción concebida en sentido abstracto, esto es, no ya como garantía e instrumento de una concreta situación de derecho sustancial, sino como poder correspondiente a quienquiera que *uti civis* se dirija al juez para provocar (acaso sin objeto) la jurisdicción, no se tendría ya, como en la teoría del derecho potestativo, la coordinación de los dos bien distintos intereses [sic], el individual y el público, convergentes hacia un mismo fin, sino que se tendría una total disolución del interés individual en el público[62].

De este modo, esa noción del derecho de acción desde una perspectiva puramente pública terminaría por desdibujar la verdadera función del derecho de acción, la de ser una garantía de los derechos individuales.

61 CALAMANDREI (1945: 149).

62 CALAMANDREI (1945: 150).

Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 6(2), 2016 (ISSN 2072-7976), pp.86-111.
http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal

Por ello, la noción del derecho de acción, como derecho abstracto, supone a decir de Calamandrei, haber exagerado en la separación entre el derecho civil y el derecho procesal. Las palabras del maestro Florentino son inmejorables para expresar esa situación: "De este modo, todos los puentes entre la acción y el derecho quedan rotos: a fuerza de insistir sobre la independencia del derecho procesal respecto del derecho sustancial, se ha llegado a alzar entre ellos una muralla sin ventanas"[63].

Curiosamente lo que la doctrina posterior a Calamandrei destacaba como uno de los logros más importantes de la doctrina procesal de la mitad del siglo XX, resulta ser considerada como el maestro Florentino como un retroceso, contra el que combatirá con frases bastante fuertes como haber separado la acción de sus elementos corpóreos "hasta dejarlo reducido a un puro espíritu separado de la materia"[64].

Esta situación advierte Calamandrei, subvierte todo el sistema de tutela de derecho privado. De este modo, la acción deja de ser un *posterius*, para convertirse en un *prius*. De este modo, el proceso entendido como un medio de protección del derecho material, sólo en los casos en que el privado no ha podido actuar la tutela primaria, se convierte en forma de tutela necesaria. De este modo, el privado termina convirtiéndose en instrumento de realización de fines públicos.

Años más tarde, al escribir sus *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Calamandrei se ve obligado a hacer una precisión respecto a lo que la doctrina considera *derecho abstracto de accionar*: "Es necesario, pues, no confundir el derecho de acción con la mera

63 CALAMANDREI (1945: 150).

64 CALAMANDREI (1945: 151).

posibilidad de obrar: la acción, como actividad, con la acción como derecho”[65].

7. *De la publicización del derecho procesal a los inicios de su constitucionalización en la obra de Calamandrei.*

En 1943 se publica la segunda edición de las *Istituzioni di diritto processuale civile, secondo il nuovo Codice*, traducida al castellano por Sentís Melendo en Buenos Aires en 1962. En esta obra Calamandrei señala la necesidad de estudiar el proceso a partir de la Constitución, señalando que ello se deriva del carácter público del proceso:

> Y, finalmente, no se debe olvidar que, para poder comprender la reforma del proceso civil en todo su alcance histórico, no basta ponerla en relación con la codificación de derecho sustancial, al cual el proceso deberá servir, sino que es, además, necesario considerarla en función del ordenamiento constitucional, dentro del cual la administración de justicia se encuadra[66].

El hecho que Calamandrei haya dedicado sus últimos años al estudio de la Constitución y preocupación de siempre por el derecho procesal determinó que los últimos años de su vida se haya dedicado a la relación entre derecho procesal y constitución.

De este modo, para Calamandrei el proceso se une a la Constitución a partir de diversos aspectos:

1) La prohibición de la autodefensa, al punto de decir que ella es “en forma general y absoluta, como una de las premisas fundamentales sobre las cuales se basa, no solo el ordenamiento de la justicia, sino, en absoluto, el edificio constitucional del Estado de derecho”[67]. La contrapartida a ello, pre-

[65] CALAMANDREI (1962a: 250).

[66] CALAMANDREI (1962a: 102).

[67] CALAMANDREI (1962a: 225).

cisamente, es el monopolio en el ejercicio de la función jurisdiccional. Es por ello que Calamandrei, usando la expresión "Estado constitucional" señala: "Para llegar al Estado constitucional moderno, en el cual la administración de justicia está considerada como monopolio del Estado y está confiada, de una manera exclusiva, a sus órganos, el camino de la civilización ha sido bien largo"[68].

2) Los principios fundamentales de la organización del sistema de justicia, la pluralidad de órganos instituidos para el ejercicio de la función jurisdiccional[69]. En ese sentido, señala que dentro de esos principios se encuentran los principios de independencia e imparcialidad. De este modo, en la parte relativa a los sujetos procesales incorpora el estudio de dichos principios, así como el del derecho al juez natural[70]. Adicionalmente, considera que también es importante estudiar los "límites constitucionales de la jurisdicción"[71].

3) La vinculación del juez a las reglas del ordenamiento jurídico, al momento de resolver. Por ello, señala que: "Principio fundamental de nuestro ordenamiento, basado sobre el sistema constitucional de la legalidad, es el de que al pronunciar sobre la causa, el juez debe aplicar las normas de derecho"[72].

4) Pero esencialmente, en el hecho que el proceso está unido al hombre. Por ello, Calamandrei en 1950 lanzó esta exhortación: "acordarse de que también el proceso es estudio del

[68] CALAMANDREI (1962a 225.

[69] CALAMANDREI (1962b: 80).

[70] CALAMANDREI (1962b: 89).

[71] CALAMANDREI (1962b: 89).

[72] CALAMANDREI (1962a: 120.

Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 6(2), 2016 (ISSN 2072-7976), pp.86-111.
http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal

hombre"[73]. Por ello, agrega, "este es el camino siguiendo el cual podrán ser puestos en evidencia [...] los nexos estrechos que unen el derecho procesal al derecho constitucional"[74]. Luego sentencia:

> Todas las libertades son vanas sino pueden ser reivindicadas y defendidas en juicio, si los jueces no son libres, cultos y humanos, si el ordenamiento del juicio no está fundado él mismo, sobre el respeto de la persona humana, el cual en todo hombre reconoce una conciencia libre, única responsable de sí y, por esto inviolable[75].

Esas lúcidas aproximaciones del maestro florentino a las relaciones entre Constitución y proceso lo llevan también a establecer la diversa relación que tiene el juez dentro del Estado constitucional. Dejando de lado esa automática sumisión del juez a la ley, su relación con la Constitución y con el Estado constitucional, lo colocan en un lugar absolutamente privilegiado, no solo al mismo lado del legislador, sino en un espacio en el que puede incluso llenar los vacíos que el legislador tiene[76]. Una concepción así solo es posible en la medida que se considere la vinculación directa que existe entre Constitución y juez.

Esa misma vinculación directa de la Constitución y del juez es la que Calamandrei aprecia cuando analiza el sistema de control de constitucionalidad de las leyes establecida en Italia con la Constitución de 1948. De este modo, resulta claro la cuestión prejudicial de constitucionalidad coloca al juez ordinario en un puesto entre el ciudadano y la Corte Constitucional que resulta ser algo más que un mero tramitador de un pedido, sino en un auténtico controlador de los visos de fundabilidad de ella.

---

73 CALAMANDREI (1962c: 220.

74 CALAMANDREI (1962c: 220).

75 CALAMANDREI (1962c: 220).

76 CALAMANDREI (1962c: 242-243).

Es por ello que, de regreso al rol que cumple el Juez en el nuevo Estado, señala el maestro florentino: "cuando el legislador permanezca inerte, los jueces pueden hacer que el espíritu de la Constitución viva en sus sentencias; pueden ponerse en directo coloquio con ella, y escucharle sus sugerencias; pueden traducirlas día a día, a la realidad de las relaciones humanas"[77].

Estos aportes de Calamandrei han llevado a que la doctrina mayoritaria reconozca que: "Piero Calamandrei ha destacado por desvelar de manera brillante las raíces profundas que los problemas del proceso tienen en el derecho constitucional y en la teoría del Estado"[78]. Ello, aclara Calamandrei no solo es así en el proceso penal, sino también el proceso civil en el que la fuerza motriz es "el principio de libertad y responsabilidad de la persona"[79].

8. A modo de reflexión

En Calamandrei se puede verificar un complejo proceso en el que, al tiempo que el derecho procesal se va desarrollando como disciplina autónoma con base a la idea del proceso como relación jurídica de derecho público, y se va formando la idea del derecho de acción como derecho a la prestación jurisdiccional; se vincula permanentemente al proceso con la Constitución. La correcta lectura de dicho proceso puede darnos mayores luces acerca del modo como debe articularse la dogmática con la Constitución en el nuevo paradigma de la constitucionalización del derecho procesal, en el que la constitucionalización no viene a *sustituir*, sino a *complementar*, y diría yo, darle sentido o contenido valorativo a los importantes trabajos que a partir de la dogmática había venido desarrollando el derecho procesal.

[77] CALAMANDREI (1962c: 248).

[78] MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILES (2007: 264).

[79] CALAMANDREI (1962c: 221).

Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 6(2), 2016 (ISSN 2072-7976), pp.86-111.
http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal

El problema fue que ese dogmatismo extremo nos llevó a perder el rumbo y la finalidad del proceso. Hoy que desde la Constitución se exige que el proceso reasuma su función, la que solo se logra a partir de su vinculación directa con la Constitución, resulta fundamental volver a los orígenes, al momento en que se comenzó a sentar las raíces de la constitucionalización del proceso y del derecho procesal.

Referencias

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto
2009 "Calamandrei, fascinante y polémico". En CALAMANDREI, Piero. *Fe en el Derecho*. Marcial Pons: Madrid.

ATIENZA, Manuel
2012 "Piero Calamandrei, más que un procesalista". *El Notario del siglo XXI. Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*. Nº 46, noviembre-diciembre. Recuperado de: http://www.elnotario.es/index.php/93-hemeroteca/revistas/revista-46/270-piero-calamandrei-mas-que-un-procesalista-0-11576692770772327 (consulta: 13 de marzo 2016)

CALAMANDREI, Piero
1945 "La relatividad del concepto de acción". En *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires:Editorial Bibliográfica Argentina.
1962a *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código.* Volumen Primero. Buenos Aires: EJEA.
1962b *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código.* Volumen Segundo. Buenos Aires: EJEA.
1962c *Instituciones de derecho procesal civil.* Volumen Tercero. Buenos Aires: EJEA.
1996 *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.* Buenos Aires: Librería El Foro
2009 *Fe en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

MONEREO PÉREZ, José Luis y Jose Antonio FERNÁNDEZ AVILES

2007 "La teoría del derecho en la obra de Piero Calamandrei". *Revista de derecho constitucional europeo*. No. 8, julio – diciembre, pp. 263-298.

RESCIGNO, Pietro
2009 "El rechazo al sistema normativo de los totalitarismos". En CALAMANDREI, Piero. *Fe en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

SENTIS MELENDO, Santiago
1962a "Ha muerto Calamandrei". En CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*. Volumen Primero. Buenos Aires: EJEA.
1962b "Calamandrei. El hombre y la obra". En CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*. Volumen Primero. Buenos Aires: EJEA.

ZAGREBELSKY, Gustavo
2009 "Una atormentada apología de la ley". En CALAMANDREI, Piero. *Fe en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Revista de la Maestría en Derecho Procesal

ISSN 2072-7976

http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal

Correo electrónico:
revista.derechoprocesal@pucp.pe